Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages mit Berücksichtigung des Kontrahierungszwanges der Theaterunternehmungen.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LEGIS BAT. BIBL.

vorgelegt von

Salo Mugdan

aus Lodz

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Nicolai O.-S.

Approbiert am 7. Dezember 1908.

Königshütte O.-S.
Buchdruckerei R. Giebler.
1909.

86

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

Bekker: Die Geldpapiere: Im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Band I, Leipzig 1857.

Bicheroux: Die rechtliche Bedeutung eines Theaterbillets. Diss. Erlangen 1897.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren, i. Iherings Jahrb. Band 32, Jena 1893.

Brunner: Die Wertpapiere in Endemanns Handbuch für das deutsche Handels-Wechsel- und Seerecht, Band II, Leipzig 1882.

v. Canstein: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Band I, Berlin 1895.

Carlin: Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 36.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl, Jena 1901.

Dankwardt: Die locatio conductio in Iherings Jahrb. Band 13, Jena 1874.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Band I, Marburg 1898.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. und 2. Lesung.

Fischer-Henle: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, 7. Aufl.

Fuchs: Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, Wien 1889.

Gareis: Ueber Legitimationszeichen in Buschs Arch. f. Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Band 34, Berlin 1876.

Gareis: Deutsches Handelsrecht, 5. Aufl. Berlin 1896.

Göppert: Die rechtliche Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen. Diss. Berlin 1894.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, 1. Teil, Berlin 1900.

Heinzmann: Deutsches Theaterrecht. München 1905.

v. Iherings: Jahrbücher, Band 4, Band 23.

Koch: Deutschlands Eisenbahnen 1859, Band II.

Koch: Centralorgan für deutsches Handels- und Wechselrecht, N. F. Band 3.

Kohler: Archiv für bürgerliches Recht, Band 4.
Lange: Die Uebertragbarkeit des Theaterbillets (mit Berücksichtigung des Eisenbahnbillets). Ein Beitrag zur Lehre von den Karten und Marken des täglichen Verkehrs Diss. Breslau 1907.
H. O. Lehmann. Zur Theorie der Wertpapiere. In der Festgabe der juristischen Fakultät zu Marburg f. Wetzell. Marburg 1890.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. I. II. Leipzig 1902, 1908.
Meili: Telephonrecht 1885.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB, Band II.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906.
Opet: Deutsches Theaterrecht, Berlin 1897.
Planck: Das bürgerliche Gesetzbuch, Band I, Berlin 1898 und Band II, Berlin 1900.
Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber im Sinne des Artikel 307 des deutschen Handelsgesetzbuchs. Diss. Berlin 1881.
Platner: Ein Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren im Archiv für zivilistische Praxis, Band 42, Heidelberg 1859.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Seidenschnur: Das Kontrahieren des Publikums mit den Theaterunternehmungen. Diss. Rostock 1899.
Sommer: Der Kauf des Theaterbillets. Diss. Göttingen 1896.
Steuer: Die rechtliche Natur des Theaterbillets nach gemeinem und nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1899.
Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 2, 6 Aufl., Frankfurt a/M. 1887.
Zschimmer: Die Offerte an das Publikum. Diss. Rostock 1897.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite:

§ 1. **Einleitung.** 1

1. Kapitel.

Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages. 2—20

§ 2. Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages ohne Berücksichtigung der Lösung der Theaterbillets. 2—10

§ 3. Die rechtliche Natur des Theaterbesuchvertrages mit Berücksichtigung der Lösung des Theaterbillets. 11—20

a) Die rechtliche Natur des Theaterbillets

b) Die Bedeutung der Lösung des Theaterbillets für die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages.

2. Kapitel.

Der Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers. 21—35

§ 4. Die auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Theorien. 21—25

a) Die Theorie des „rechtlichen Monopols“

b) Die Theorie des „faktischen Monopols“

c) Die Theorie der „öffentlichen Zweckbestimmung“.

§ 5. Die Offertentheorie. 26—31

§ 6. Die Art des aus der Offertentheorie sich ergebenden Kontrahierungszwanges. 32—35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0080

§ 1.
Einleitung.

Wenn man eine Vorstellung im Theater besuchen will, so muss man sich ein für die Vorstellung giltiges Billet verschaffen. Dieses wird man sich in den meisten Fällen — wenn man nicht das Glück hat, eine Freikarte zu bekommen — an der Theaterkasse oder bei einem Zwischenhändler kaufen. Erhält man dann auf Grund des Billets zu der Vorstellung Einlass in das Theater, so ist der Theaterbesuch tituliert, d. h. es ist ein Titel, eine causa vorhanden, auf der der Besuch beruht. Diese causa ist der Vertrag, den der Besucher mit dem Theaterunternehmer abschliesst, der sog. Theaterbesuchsvertrag.

Wenn es auch dem Laien in der Regel höchst gleichgiltig ist, was für einen Vertrag er beim Theaterbesuch mit dem Theaterunternehmer abschliesst, so ist doch für den Juristen die Frage nach der rechtlichen Natur dieses Vertrages von Interesse und praktischer Bedeutung. Denn der Theaterbesuchsvertrag ist — wie jeder Vertrag — Entstehungsgrund von Rechtsverhältnissen, nämlich von Rechtsverhältnissen zwischen den Besuchern und dem Theaterunternehmer, und nur die Erkenntnis der rechtlichen Natur dieses Vertrages gewährt die Möglichkeit die Regeln aufzustellen, nach denen das Rechtsverhältnis zwischen dem Theaterbesucher und dem Theaterunternehmer sich bestimmt.

Es soll nun in der folgenden Darstellung zunächst unter Ausserachtlassung der Lösung des Theaterbillets untersucht werden, welcher Art der Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Besucher als solcher ist. Alsdann soll geprüft werden, ob und welchen Einfluss die Lösung des Theaterbillets auf die Natur des Vertrags hat; hierzu wird es erforderlich sein, die sehr bestrittene rechtliche Natur des Theaterbillets selbst zu prüfen, da naturgemäss die Bedeutung des Theaterbillets für den Theaterbesuchsvertrag eine verschiedene sein muss, je nachdem man das Theaterbillet als Inhaberpapier oder nicht als Inhaberpapier, sondern als Quittung oder Legitimationszeichen auffasst.

Das zweite Kapitel wird sich alsdann mit dem in der Literatur vielfach als besondere Eigentümlichkeit des Theaterbesuchsvertrages angesehenen Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers beschäftigen; es wird zu prüfen sein, ob überhaupt und inwieweit für den Theaterunternehmer ein rechtlicher Zwang zum kontrahieren besteht.

Kapitel I.
Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages.

§ 2.
Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages ohne Berücksichtigung der Lösung des Theaterbillets.

Ueber die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages bestehen in der Literatur verschiedene Ansichten. Die herrschende Ansicht sieht in ihm einen Werkvertrag, eine locatio, conductio operis.

Um die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrags zu erkennen, ist es zweckmässig sich zu fragen: Was will der Theaterbesucher für das Geld, das er dem Theaterunternehmer zahlt. Die Antwort lautet: Er will sich eine Vorstellung, eine künstlerische Produktion, die in der Aufführung eines opus besteht, ansehen. Daraus folgt, dass die entsprechende Verpflichtung des Unternehmers darin besteht, den Besucher die künstlerische Produktion ansehen zu lassen.

Diese Verpflichtung nun kann der Unternehmer nur durch zwei Leistungen erfüllen:

1) indem er die Aufführung veranstaltet,
2) indem er dem Besucher einen Platz im Theater einräumt, mag der Platz nun individuell bestimmt sein, z. B. Parkett I. Reihe Sitz 5, oder aber generell, z. B. ein Platz auf der Stehgallerie.

Man könnte nun auf den ersten Blick der Ansicht sein, dass auf Seiten des Theaterunternehmers z w e i getrennte Verpflichtungen vorliegen, die eine aus einer Sachmiete (Ueberlassung des Platzes) und die zweite aus einem Werkvertrage (Veranstaltung der Aufführung). Aber dem ist nicht so; denn wenn der Theaterunternehmer auch seine Verpflichtung nur durch zwei Leistungen erfüllen kann, so beruhen sie doch auf e i n e m Rechtsgrunde, und es ist klar, dass diese beiden Leistungen aufs engste mit einander verbunden sind, ja, dass sie von einander abhängig sind, da die eine Leistung allein ohne die andere keinen vernünftigen Sinn hat.[1]) Denn was hat die Aufführung für mich für einen Wert, wenn ich keinen Platz im Theater habe, und umgekehrt, was nützt mir der beste Platz im Theater, wenn gar keine Aufführung stattfindet. Dass es sich beim Theaterbesuchsvertrag um e i n e n Vertrag handelt, lässt sich deutlich an dem Vergleiche dieses Vertrages mit dem Fall erkennen, dass jemand ein Zimmer vermietet und sich verpflichtet, dem Mieter täglich das Mittagbrot zu gewähren. Hier sind allerdings zwei Verträge vor-

[1]) Vergl. Lotmar I, S. 193ff. S· 197.

handen, die nur zufällig zusammentreffen, juristisch aber nichts mit einander zu tun haben.

Die Ansicht, dass es sich um einen Vertrag handelt, der den Unternehmer zu zwei von einander abhängigen Leistungen verpflichtet, wird auch in der neuen Literatur am meisten vertreten. Nur in unbedeutenden Momenten weichen einzelne Schriftsteller von einander ab, im Grunde aber vertreten sie, wie bald gezeigt werden soll, dieselbe Auffassung. Nach Sommer [1]) nämlich liegt eigentlich nur eine Leistung vor, nämlich die Verschaffung des Genusses der Vorstellung für den Besucher, für die die Platzüberlassung und die Aufführung nur zwei erforderliche Voraussetzungen sind. Es ist aber klar, dass die nach unserer Ausführung vorhandenen zwei Leistungen des Theaterunternehmers in ihrem Zusammenwirken, das ja bei der Abhängigkeit der Leistungen erforderlich ist, als Resultat die eine Leistung im Sinne Sommers ergeben. Der ganze Unterschied zwischen der herrschenden Ansicht und der Sommer'schen besteht also — mathematisch ausgedrückt — darin, dass jene die Leistung des Theaterunternehmers in den beiden Summanden (Platzüberlasung + Aufführung), Sommer in der Summe, die die beiden Summanden ergeben, sieht. Uebrigens scheint es mir unangebracht zu sein, die Leistung des Theaterunternehmers in dem Genuss, den er dem Besucher zu verschaffen hat, zu erblicken. Denn der Genuss der Vorstellung ist ein rein psychischer Vorgang, der in jedem einzelnen Besucher durch Eindrücke, die von aussen her an ihn herantreten, hervorgerufen wird und die sich in jedem Besucher nach dessen Persönlichkeit verschieden gestalten. Nicht der Theaterunternehmer also verschafft den Genuss, sondern jeder Besucher verschafft ihn im Grunde sich selbst.[2])

Zu demselben Ergebnis, dass es sich beim Theaterbesuchsvertrag um einen Vertrag handelt, gelangt schliesslich auch Lange.[3]) Denn wenn er zunächst auch zwei verschiedene Verpflichtungen des Theaterunternehmers annimmt, die eine aus einer Sachmiete, die andere aus einem Werkvertrag, so gibt er schliesslich doch in seiner Polemik gegen Sommer letzterem zu, dass man natürlich die zwei verschiedenen, auf zwei verschiedenen Verträgen beruhenden Verpflichtungen des Theaterunternehmers in der Weise zusammenfassen kann, dass man sagt, „er verschaffe durch ihre Erfüllung dem Theaterbesucher den Genuss der Darstellung". Damit

---

[1]) Sommer S. 11.
[2]) Seidenschnur S. 8.
[3]) Lange S. 25/6.

gibt also auch Lange das Bestehen e i n e s Vertrages zu und spricht nur „der Klarheit wegen von zwei Verträgen".[1])

Eine andere Ansicht, als die eben dargelegte, vertritt Opet.[2]) Opet charakterisiert den Theaterbesuchsvertrag, als „das zwischen dem Theaterunternehmer und einer anderen Person getroffene Uebereinkommen, wonach ersterer gegen Empfang eines Entgelts seinem Gegenkontrahenten die Veranstaltung einer Aufführung verspricht." Nach Opet besteht demnach die Gegenleistung des Unternehmers nur in der Veranstaltung der betreffenden Aufführung. Zur Platzüberlassung ist der Unternehmer nach Opet zwar auch verpflichtet, aber diese Leistung ist nach ihm eine bloße Hilfstätigkeit, um die Vornahme des opus zu ermöglichen, und fällt für die juristische Charakterisierung nicht ins Gewicht.[3]) Dieselbe Ansicht wie Opet scheint auch Fuchs[4]) zu vertreten. Es heisst bei ihm: „Die auch bei manchen Inhaberpapieren des täglichen Verkehrs, z B. Eisenbahn, Theaterbillets etc. übliche Bezeichnung mit fortlaufenden Nummern ist nur eine administrative (der Kontrolle oder Handhabung der Ordnung dienende) Massregel und juristisch vollkommen irrelevant. Namentlich wird der Vertragsinhalt durch die Verschiedenheit der Nummern nicht beeinflusst". Dies trifft allerdings zu für die Eisenbahn- und nicht numerierten Theaterbillets. Da Fuchs aber auch von Nummern zur H a n d h a b u n g der O r d n u n g spricht, so meint er damit wohl die Nummern der numerierten Theaterbillets, und wenn er auch diese für juristisch irrelevant hält, so vertritt er offenbar den Standpunkt, dass der Theaterunternehmer lediglich zu e i n e r Leistung, nämlich nur der Aufführung des Stückes verpflichtet ist.[5])

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Dankwardt.[6]) Seine Auffassung ist scheinbar eine besondere, indem er den der Aufführung des opus zu Grunde liegenden Vertrag als „Entreprise" bezeichnet; aber der Unterschied, den Dankwardt zwischen der locatio, conductio operis und der Entreprise, — der stipulatio operis des römischen Rechts — aufstellt, ist gar nicht vorhanden. Der Unterschied zwischen diesen beiden Verträgen besteht nach Dankwardt nämlich darin, dass der conductur operis sich zu e i g e n e r Arbeitsleistung verpflichtet, der promissor operis bei der Entreprise hingegen lediglich die Lieferung eines opus verspricht, ohne sich zur Arbeitsleistung s e l b s t zu ver-

[1]) Lange S. 26.
[2]) Opet S. 219.
[3]) Opet S. 220.
[4]) Fuchs S. 30, Anm. 47.
[5]) Vgl. Sommer S. 12.
[6]) Dankwardt, Jahrb. für Dogmat. Band 13, S. 364 Anm. 5.

pflichten. Es ist indessen nicht notwendig, dass der conductor operis die Arbeitsleistung selbst ausführt, er kann vielmehr dazu sich anderer Leute bedienen.[1]) Demnach besteht der ganze Unterschied zwischen der locatio conductio operis und der stipulatio operis (Entreprise) lediglich in der Form, nämlich darin, dass die l. c. operis formlos durch den bloßen Consens der Parteien, die stipulatio operis hingegen „verbis" eingegangen werden musste Und dieser formelle Unterschied hat für das moderne Recht, das keine Verbalkontrakte kennt, keine Bedeutung mehr. Die Entscheidung der Frage, ob der Unternehmer die Arbeitsleistung selbst ausführen muss oder sich auch anderer Leute dazu bedienen kann, erfolgt entweder durch ausdrückliche Parteiberedung, oder auf Grund der Erwägung, welche Bedeutung die Person des Schuldners für die Erfüllung hat.[2])

Die Ansicht, dass der Theaterbesuchsvertrag als Sachmiete aufzufassen ist, wie sie häufig sich in der französischen Literatur [3]) findet, wird von keinem deutschen Schriftsteller vertreten. Und mit Recht. Denn wenn man schon auf Kosten der Extaktheit, eine von den beiden Leistungen, zu denen der Unternehmer verpflichtet ist, ausser Betracht lassen wollte, so kann dies keinesfalls die Veranstaltung der Aufführung sein, die doch die Hauptleistung darstellt.

Die Ansicht endlich, dass der Vertrag mit dem Theaterunternehmer als Kauf aufzufassen ist, wie sie besonders von Sommer [4]) vertreten wird, ist wahrscheinlich auf den im täglichen Verkehr üblichen Ausdruck „sich ein Theaterbillet kaufen" zurückzuführen. Diese Ansicht wird weiter unten bei der Frage nach der Bedeutung der Lösung des Theaterbillets für den Theaterbesuchsvertrag geprüft und widerlegt werden. (s. u. S. 8.)

Nach unserer bisherigen Ausführung müssen wir demnach feststellen, dass sich der Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Besucher, streng genommen, überhaupt unter keine der Vertragstypen des BGB. einreihen lässt. Der Theaterbesuchsvertrag ist — wie dargelegt — keine Sachmiete, er ist auch kein Kauf, wie noch zu zeigen sein wird; er ist aber auch kein Werkvertrag. Diese letztere Ansicht, dass der Theaterbesuchsvertrag ein Werkvertrag sei, wird seltsamerweise auch von Vertretern der Ansicht, dass der Theaterunternehmer zu

---

[1]) Sommer S. 40, Bicheroux S. 13.

[2]) Rümelin S. 256, Lotmar II S. 487, Anm. 1.

[3]) Auch die französischen Theaterunternehmer fassen den Vertrag als Sachmiete auf, wie dies aus den französischen Theaterzetteln hervorgeht, die anzeigen, wann die „location des places" stattfindet.

[4]) Sommer S. 32.

zwei Leistungen, aus einer Sachmiete und einem Werkvertrag, verpflichtet ist, vertreten. So sagt Bicheroux: Es bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, dass es sich bei der Gewährung des Stuhles um eine Sachmiete handelt.“ Und weiter unten heisst es bei ihm: „Auf Grund unserer Ausführung können wir annehmen, dass der Vertrag eine Werkverdingung ist“.[1]) Andere, so besonders Riezler [2]) begründen ihre Ansicht, dass es sich um einen Werkvertrag handelt, damit, dass die Platzüberlassung nur Mittel zur Erfüllung des Hauptzweckes des Vertrages ist. Die Verpflichtung, für entsprechende Plätze zu sorgen und sie zur Benutzung bereit zu halten, obliegt dem Veranstalter des Unternehmens schon in seiner Eigenschaft als Unternehmer, nicht als Vermieter.“ Nun wird aber der Unternehmer ausdrücklich in § 631 BGB. nur zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet; und selbst, wenn man Riezler zugeben wollte, dass dem Theaterunternehmer schon als Unternehmer die Verpflichtung, Plätze bereit zu halten, obliegt, so ist davon doch wohl die Verpflichtung zu unterscheiden, dem Besucher einen bestimmten Platz zu überlassen.

Die Ansicht, dass der Theaterunternehmer nicht schlechthin aus einem Werkvertrag verpflichtet wird, vertritt auch Oertmann [3]), nach dem neben dem Werkvertrag für die Verpflichtung zur Platzüberlassung ein pactum adjectum geschlossen wird.

Freilich: die Einwendungen, die Seidenschnur[4]) gegen die Natur des Theaterbesuchsvertrags als Werkvertrag macht, sind unbegründet. Seidenschnur argumentiert folgendermassen: Wenn der Theaterbesuchsvertrag ein Werkvertrag wäre, so müsste für den Besucher nach § 640 BGB. eine Pflicht zur Abnahme des Werkes bestehen; diese sei aber beim Theaterbesuchsvertrag ausgeschlossen. Die Abnahme des opus, das heisst der Aufführung, könnte nur in dem Beiwohnen der Aufführung bestehen. Mithin, folgert Seidenschnur, wäre die Abnahme des Werkes nur dann rechtzeitig, wenn der Besucher pünktlich zur Aufführung erschiene und nur dann vollständig, wenn er bis zum letztmaligen Senken des Vorhanges im Theater bliebe. Eine derartige Pflicht dem Theaterbesucher auferlegen zu wollen, wäre doch absurd. Nun besteht allerdings beim Theaterbesuchsvertrag keine Pflicht zur Abnahme, aber nur deshalb nicht, weil keine Abnahme möglich ist. Und dass eine Abnahme beim Werkvertrag nicht immer stattzufinden braucht, geht aus § 646 BGB. hervor, in dem es heisst: „Ist

[1]) Bicheroux S. 12, Bicheroux S. 15.
[2]) Riezler S. 50.
[3]) Oertmann zu § 631 BGB.
[4]) Seidenschnur S. 5.

nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen... Die Abnahme des Werkes ist nun aber immer ausgeschlossen bei immateriellen Werken, bei „Unkörperlichkeit des zu leistenden Werkes".[1]) Dass aber auch die Herstellung eines unkörperlichen Werkes nach dem BGB. Gegenstand eines Werkvertrages sein kann, ist im Gegensatz zum Pr. ALR, dessen Vorschriften über den Werkvertrag auf Grund I, 11, § 925 nach der herrschenden Ansicht nur auf materielle Produktion sich beziehen, ohne weiteres anzunehmen; es geht dies hervor aus § 631 Abs. 2 BGB, der besagt: „Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein". Wie nach gemeinem Recht und dem sächsischen BGB. § 1243 Abs. 1, so finden auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch „die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung auf einen Vertrag, welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern einen anderweiten, durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg, insbesondere den Transport von Personen und Sachen, sowie sog. immaterielle, wissenschaftliche und künstlerische Schöpfungen zum Gegenstand hat".[2]) Damit fällt zugleich der Einwand Seidenschnurs, dass, während beim Werkvertrag der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme trägt, der Theaterunternehmer, da die Abnahme des opus erst mit Schluss der Aufführung erfolgt ist, wo keine Gefahr mehr vorhanden ist, stets allein die Gefahr tragen müsste. Dies ist allerdings richtig; es folgt aber nur aus der Unmöglichkeit der Abnahme und entspricht der Vorschrift des § 646 BGB, dass in diesem Falle, wo eine Abnahme ausgeschlossen ist, bezüglich des Gefahrüberganges (§ 644) an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes tritt. Uebrigens ist zuzugeben, dass diese Regelung für den Unternehmer sehr ungünstig ist, wie ja überhaupt das BGB. den Gefahrübergang beim Werkvertrag in einem für den Unternehmer ungünstigen Sinne geregelt hat.[3]) Den Grund für die Nichtanwendbarkeit mancher Regeln des Werkvertrags des BGB. auf den Theaterbesuchsvertrag sieht Seidenschnur[4]) darin, dass der Theaterunternehmer sein Werk nicht „verschaffen" könne, was sonst bei jeder locatio conductio operis der Fall sei, z. B. wenn der Schneider den bestellten Anzug dem Besteller abliefert. Dies kommt aber schliesslich nur darauf hinaus, dass es sich beim Theaterbesuchsvertrag eben um ein immaterielles opus handelt, bei dem, wie gezeigt, die

[1]) Riezler S. 137.
[2]) Mugdan Band II, S. 283, § 579.
[3]) Riezler S. 144.
[4]) Seidenschnur S. 7.

Verschaffung unmöglich ist. Dass aber auch das immaterielle opus Gegenstand des Werkvertrages sein kann, ist bereits festgestellt worden.

Wenn wir aber nun trotzdem in dem Theaterbesuchsvertrag keinen Werkvertrag zu erblicken vermögen, so liegt dies daran, dass der Unternehmer nicht bloss zur Aufführung des Stückes verpflichtet wird, sondern auch zur Ueberlassung eines Platzes. Wir müssen deshalb den Theaterbesuchsvertrag als eine Mischbildung von Sachmiete und Werkvertrag charakterisieren; denn die Essentialen dieser beiden Vorträge — Gebrauch der vermieteten Sache gegen Entgelt (§ 535 BGB.) und Herstellung des versprochenen Werkes (§ 631 BGB.) — sind beim Theaterbesuchsvertrag vorhanden; jene liegt in der Ueberlassung des Platzes, diese in der Veranstaltung der Aufführung. Zwar erfordert die letztere Leistung des Theaterunternehmers oft eine umfangreiche vorbereitende Tätigkeit, so die Abhaltung von Proben, Inscenierung des aufzuführenden Stückes etc. Aber diese Tätigkeit ist für den Theaterbesucher in der Regel ohne Interesse; ihn interessiert nur das Resultat dieser vorbereitenden Hilfstätigkeit, eben die Aufführung selbst, und dies charakterisiert gerade den einen Bestandteil des Vertrages als Werkvertrag, dessen Hauptcharakteristikum ja die Erzielung eines bestimmten Erfolges ist, im Gegensatz zu anderen ähnlichen Verträgen, besonders dem Dienstvertrag, bei dem es auf die Arbeit als solche und nicht auf den Erfolg der Arbeit ankommt.[1])

Charakterisieren wir nun auch den Theaterbesuchsvertrag als einen zusammengesetzten Vertrag, eine Mischbildung von Werkvertrag und Sachmiete, so muss doch bald hinzugefügt werden, dass der Theaterbesuchsvertrag nicht den vom BGB. für den Werkvertrag und die Sachmiete aufgestellten Normen unterliegt. Dies hat seinen Grund einmal darin, dass die Vorschriften des BGB über den Werkvertrag auf ein Werk mit materiellem Substrat zugeschnitten sind, während der Theaterunternehmer sich zur Herstellung eines immateriellen Werkes verpflichtet, (siehe oben S. 7), dann aber in der sonstigen Eigenart des Theaterbesuchsvertrages, die eine besondere Regelung erforderlich macht. So kann, um die praktisch wichtigsten Normen herauszugreifen, der Theaterbesucher, wenn der Theaterunternehmer grundloser Weise die angekündigte Aufführung nicht stattfinden lässt, nicht wie beim Werkvertrag und sonstigen Verträgen auf Erfüllung klagen, also etwa auf Veranstaltung einer Separatvorstellung. Denn ein solches Verlangen würde nach Opet[2]) „mehr als die Forderung einfacher Vertrags-

[1]) Lange S. 21.
[2]) Opet S. 245.

erfüllung sein, weil das Recht des Besuchers nicht auf Veranstaltung einer Vorstellung überhaupt, sondern auf eine zu einer bestimmten Zeit oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums stattfindende Vorstellung ging, mit dem fruchtlosen Verstreichen jenes Moments demnach die Möglichkeit der Vertragserfüllung definitiv beseitigt ist.“ Vielmehr hat der Theaterbesucher das Recht, das negative Vertragsinteresse zu fordern,[1]) d. h. Ersatz alles Schadens, den der Besucher dadurch erleidet, daß er sich auf die Erfüllung des Vertrages verlassen hatte; dies ist unter Umständen nicht bloss die Restitution des Eintrittspreises, die auch in der Praxis von den Theaterunternehmern gewährt wird, sondern evtl. noch mehr. Wenn z. B. jemand eigens zu dem Zwecke eine Eisenbahnfahrt nach einem Orte unternimmt, um einer dort stattfindenden Aufführung beizuwohnen und die Aufführung grundloser Weise unterbleibt, so kann er ausser der Restitution des Eintrittspreises die Kosten der Reise ersetzt verlangen Aus demselben Grund hat der Besucher das Recht die für ein einige Tage vor der Aufführung gekauftes Billet bezahlte „Vorbestellungsgebühr“ zurückzuverlangen; grade letztere wird meist von den Theaterunternehmern nicht zurückgezahlt.

Was die Haftung des Theaterunternehmers für Mängel der Aufführung betrifft, so wird in manchen Fällen eine Haftung des Theaterunternehmers überhaupt nicht anzunehmen sein; so dann, wenn die Aufführung im ganzen schlecht ist und nicht den vom Besucher erwarteten künstlerischen Eindruck hinterlässt. Denn „wer ins Theater geht, übernimmt nach der Verkehrssitte von vornherein das Risiko sein Geld auch dann auszugeben, wenn die Vorstellung schlecht ist“.[2]) Wenn dagegen der Unternehmer das Auftreten eines berühmten Sängers angekündigt hat, für den dann in der Vorstellung ein unbedeutender Sänger einspringt, so ist hier allerdings der Mangel der Aufführung, der in dem Fehlen einer „zugesicherten Eigenschaft besteht, so gross, dass eine Haftung des Unternehmers unbedenklich anzunehmen ist. Entweder kann der Theaterbesucher in diesem Fall analog den Vorschriften des Werkvertrages Wandlung verlangen, d. h. vom Vertrage zurücktreten, oder aber er kann, falls er den Mangel erst nach der Aufführung endeckt, sodass eine Wandlung infolge des Unvermögens des Besuchers, die empfangene Leistung zurückzugewähren, ausgeschlossen ist, Minderung des Eintrittspreises verlangen, indem der Wert des tatsächlich Gebotenen nach sachverständigem Ermessen in Geld veranschlagt wird.

[1]) Bicheroux S. 30.
[2]) Riezler S. 123, Lotmar II S. 664.

Allerdings kommt diese Minderung dann einer Wandlung gleich, wenn der Wert des tatsächlich Gebotenen gleich Null ist.[1])

Hat der Unternehmer aber in doloser Weise den von ihm gar nicht engagierten Sänger nur angekündigt, um ein volles Haus zu erzielen, so kann der Besucher — analog § 635 BGB. — Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, d. h. also zum mindesten die Restitution des Kaufpreises, evtl. noch einen weiteren Schaden (siehe oben S. 9.)

Ebenso hat der Besucher den Anspruch auf Herausgabe des Eintrittspreises, wenn der ihm überlassene Platz so schlecht ist, dass er die Vorgänge auf der Bühne nicht wahrnehmen kann. Denn der Theaterunternehmer hat nach dem Vertrage die Verpflichtung dem Besucher einen Platz zu überlassen, von dem aus er das Spiel auf der Bühne verfolgen kann; auf die Kategorie des Platzes kommt es gar nicht an, mag der Platz sich im ersten oder im vierten Rang befinden. Erfüllt der Theaterunternehmer aber diese Verpflichtung nicht, so ist auch für den Besucher die Verpflichtung zur Aufführung nicht erfüllt;[2]) denn beide Verpflichtungen sind, wie dargelegt, (s. oben S. 2 von einander abhängig, sodass die Erfüllung der einen Verpflichtung bedingt ist durch die Efüllung der anderen. Demnach ist auch die Schwierigkeit, die Sommer[3]) darin sieht, dass das opus vollkommener Weise hergestellt ist und es unmöglich ist festzustellen, wieviel von dem Eintrittspreise auf die Aufführung, wieviel auf die Ueberlassung des Platzes zu rechnen wäre, nach unser Auffassung von der Natur des Theaterbesuchsvertrages garnicht vorhanden.

So gelangen wir also zu folgendem Resultat:

Der Theaterbesuchsvertrag lässt sich unter keine der Vertragstypen des BGB. unterordnen; nach seinen essentiellen Verpflichtungen ist er ein zusammengesetzter Vertrag, eine Mischbildung von Sachmiete und Werkvertrag; er unterliegt aber nicht den Regeln, die das BGB. für Werkvertrag und Sachmiete aufstellt, sondern besonderen die Eigenart des Vertrages und die Verkehrssitte berücksichtigenden Normen.

§ 3.

Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrags mit Berücksichtigung der Lösung des Theaterbillets.

a) Die rechtliche Natur des Theaterbillets.

Es fragt sich nun, welchen Einfluss auf die rechtliche

[1]) Anm. 1 Riezler S. 123. — Diese Normen entsprechen übrigens den Vorschriften des Werkvertrages über Wandlung und Minderung, nur mit dem Unterschied, dass das Recht auf Wandlung und Minderung beim Werkvertrag in der Regel sekundär ist. (§ 633, 634 BGB.) beim Theaterbesuchsvertrag dagegen primär (vergl. § 634, Abs. 2 BGB.)

[2]) Lange S. 25.

[3]) Sommer a. a. O.

Natur des Theaterbesuchsvertrages die im modernen Theaterverkehr durchweg übliche Lösung des Theaterbillets hat. Ehe darauf eingegangen wird, muss die bestrittene rechtliche Natur des Theaterbillets selbst untersucht werden, da es einen Unterschied macht, ob man das Theaterbillet beispielsweise als Quittung, oder aber als Inhaberpapier ansieht (siehe Einl.) Im ersteren Falle nämlich würde die Lösung des Billets ohne jeden Einfluss auf den Vertrag sein, da das Billet als Quittung nur den Zweck hätte zu beweisen, dass der Besucher Zahlung an den Theaterunternehmer geleistet hat. Anders hingegen liegt es, wenn man das Theaterbillet als Inhaberpapier, d. h. also als Wertpapier ansieht; denn in diesem Falle verpflichtet sich der Theaterunternehmer jedem Inhaber — allgemein ausgedrückt — durch die Ausgabe des Billets zu einer Leistung, und es ist dann zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Verpflichtung des Theaterunternehmers aus dem Inhaberpapier zu der Verpflichtung aus dem Theaterbesuchsvertrage steht.

Bei der Untersuchung der rechtlichen Natur des Theaterbillets sollen die Abonnementskarten zunächst unberücksichtigt bleiben, und es soll nur der reguläre Fall berücksichtigt werden, dass das Theaterbillet für eine bestimmte Vorstellung ausgegeben wird, ohne den Namen des Berechtigten zu nennen, das sogen. „Tagesbillet“, wie es Steuer nennt.[1])

Es bestehen nun in der Literatur zwei Hauptansichten über die rechtliche Natur des Theaterbillets: die eine sieht in ihm ein Inhaberpapier, die andere leugnet diese Qualität des Theaterbillets; innerhalb der letzteren Ansicht bestehen wieder verschiedene Meinungen, die auseinander zu halten sind.

Der einschlägige § des BGB, der von den Karten und Marken des täglichen Verkehrs handet, zu denen ja auch die Theaterbillets gehören, lautet:

§ 807 BGB: „Werden Karten, Marken und ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchem sich ergibt, dass er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften des § 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung“, d. h. diese Karten, Marken etc. sollen im wesentlichen nach den Vorschriften über die Schuldverschreibung auf den Inhaber behandelt werden. Entsprechend heisst es im ersten Entwurf zum BGB. § 702:

„Erhellt im Falle der Ausgaben von Billeten, Karten, Marken und ähnlichen Urkunden der Wille des Ausstellers,

[1]) Steuer S. 7 Anm. 1.

dem jeweiligen Inhaber zu einer Leistung verpflichtet zu sein, so finden die Vorschriften des § 685 Abs. 1 und der §§ 687 bis 689 entsprechende Anwendung. Und in den Motiven [1]) heisst es hierzu an der entsprechenden Stelle: „Der in jedem Falle erforderlichenfalls an der Hand der Verkehrssitte zu ermittelnde Wille des Ausstellers muss in dieser Beziehung den Ausschlag geben, welcher Wille insbesondere auch für die Vorfrage entscheidend in Betracht kommt, ob nicht eine bloße Legitimationsurkunde vorliegt.“ Daraus geht klar hervor, dass bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage der Wille des Ausstellers den Ausschlag geben muss.

Nehmen wir nun an, dass das Theaterbillet eine bloße Quittung ist, eine Ansicht, die ziemlich zahlreich vertreten wird, so besonders von Becker,[2]) und ziehen wir aus dieser Annahme die Konsequenzen, um zu sehen, ob diese mit dem Willen des Theaterunternehmers vereinbar sind. Aus der Natur des Billets als Quittung würde einmal folgen, dass der Theaterbesucher auch o h n e Billet zur Vorstellung zugelassen werden müsste. Denn hat das Billet als Quittung nur den Zweck des Beweises der geleisteten Zahlung, so würde es genügen, wenn der Theaterbesucher auf andere Weise als durch das Theaterbillet seine Zahlung beweisen könnte, z. B. durch Zeugnis des Kassierers oder sonst einer Person, die bei der Lösung des Billets zugegen war.[3]) Umgekehrt würde aber aus der Annahme, dass das Theaterbillet Quittung ist, folgen, dass der Theaterunternehmer berechtigt wäre, noch einen anderen Beweis für die geleistete Zahlung, als die Vorzeigung des Billets von dem Besucher zu verlangen. Denn da er, wie eben dargelegt, evtl. auch ohne Billet leisten müsste, so käme er ja leicht in die Lage doppelt leisten zu müssen, wenn er sich mit dem Billet allein als Beweis begnügte[4]). Dies aber, sowohl das Verlangen eines anderen Beweises, als die evtl. Doppelleistung des Unternehmers würde zu grossen Unzuträglichkeiten auf Seiten beider Kontrahenten führen, sodass man wohl mit Bestimmtheit sagen kann, dass diese Wirkungen dem Willen des Theaterunternehmers nicht entsprechen, dass er also Billets mit derartiger Wirkung nicht ausgeben w o l l t e. Als weiteres Argument gegen den Quittungscharakter des Theaterbillets führt Steuer an, dass häufig die Leistung gegen Rückgabe der Karten erfolge, die dann später zur anderen Vorstellung benutzt werden, so z. B. im Schweriner Hoftheater.

---

[1]) Mot. S. 721.

[2]) Becker Band I, S. 271, 307, vgl. auch Carlin S. 6—39, Dahn S. 125, Platner S. 204 ff.

[3]) Opet S. 224, Cansteinn Band I, S. 73, Lange S. 5, Steuer S. 19.

[4]) Lange S. 5.

Daraus ergibt sich ihr Charakter als Rechtsausübungspapier, denn „ein Recht auf Rückgabe einer Quittung besteht für deren Aussteller nicht.[1]) Endlich könnte das auf den Inhaber lautende Billet schenkungshalber gegeben werden (Freibillets, Pflichtkarten etc.), in welchem Falle der Aussteller gar kein Aequivalent, für welches das Billet eine Quittung sein könnte, erhalte, von einer Funktion desselben als Quittung also garnicht die Rede sein könne, während doch auf Grund einer solchen Freikarte genau so wie auf Grund einer bezahlten die Leistung gefordert werden könne.[2])

Nach einer anderen Ansicht, die besonders von Gareis[3]) vertreten wird, ist das Theaterbillet Legitimationszeichen. Legitimationszeichen sind nach Gareis „Urkunden, welche nur zur Ausübung einer Kontrolle, zur Primavista — Bescheinigung einer als Vorbedingung zur Ausübung eines Rechtes geltenden Tatsache oder zur leichteren Orientierung über ein ausserhalb der Begebung des Zeichens entstandene Befugnis, unter allen Umständen nur im Interesse einer gewissen Uebersichtlichkeit, oder aus sonst welchen geschäftlich-technischen Rücksichten gegeben, genommen, getragen oder sonst verwendet werden, nicht aber als Dokumente zu beweisen, noch auch als „Werte“ zu zirkulieren bestimmt sind.“ Der Unterschied zwischen der Quittung und dem Legitimationspapier ist aber praktisch garnicht vorhanden und nur in der prinzipiellen Bedeutung, die dem Theaterbillet als Quittung, bezw. Legitimationszeichen beigelegt wird, zu finden. Während nämlich das Theaterbillet als Quittung prinzipiell den Zweck hat, als Beweis der geschehenen Zahlung zu dienen, nebenher aber auch zur Legitimation, zur Kontrolle dient, ist es nach der Theorie, die in dem Theaterbillet ein Legitimationszeichen sieht, umgekehrt: prinzipiell dient es zur Legitimation des Besuchers, und nebenher kann es, wie jeder Gegenstand der Aussenwelt, beweiserheblich sein.[4]) Die Grenze ist denn auch eine sehr flüssige; insbesondere wird oft in der Literatur zwischen Quittung und Legitimationsurkunde nicht getrennt, vielmehr beides angenommen.[5])

Soll nun aber das Theaterbillet nur dazu dienen, den Besucher zu legitimieren, so würde auch hier — wie bei der Quittung — der Besucher ohne Billet zur Vorstellung zugelassen werden müssen, wenn es ihm gelänge auf andere Weise als durch die Urkunde seine Berechtigung zum Besuch der

---

[1]) Steuer S. 20.
[2]) Steuer S. 20, Lehmann S. 331.
[3]) Gareis, Handelsrecht S. 658/9. Gareis, Ueber Legitimationszeich. i. Buschs Arch Band 34, S. 97ff.
[4]) Steuer S. 22.
[5]) Lange S. 6 Anm., Förster S. 357, Opet S. 224.

Vorstellung darzutun und wenn nicht gerade, wie es allerdings auch denkbar ist, das Billet selbst zur Legitimation unbedingt erforderlich ist. Umgekehrt könnte wiederum der Theaterunternehmer, um nicht zweimal leisten zu müssen, noch einen anderen Beweis der Berechtigung als das Billet verlangen.[1]) So ergeben sich also auch aus der Annahme, dass das Theaterbillet Legitimationszeichen ist, dieselben Konsequenzen, die sich aus der Quittungseigenschaft des Billets ergaben und die, wie dargelegt, unmöglich dem Willen des Ausstellers entsprechen können.

In der Mitte zwischen den Theorien, die die Inhaberpapierqualität des Theaterbillets leugnen, und denen, die sie behaupten, steht die Ansicht, die in dem Theaterbillet ein „qualifiziertes" Legitimationspapier oder ein sogen. „hinkendes Inhaberpapier" sieht.[2]) Man versteht darunter Urkunden, in denen zwar der Gläubiger genannt ist, die aber mit der Bestimmung ausgegeben werden, dass die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann. (Vgl. § 808 BGB.) Das Charakteristische dieser Papiere liegt demnach darin, dass der Schuldner (Aussteller) einerseits zwar berechtigt ist an jeden Inhaber zu leisten und auch durch die Leistung an einen nicht Empfangsberechtigten befreit wird, ohne nochmal leisten zu müssen, dass der Aussteller aber andererseits nicht verpflichtet ist, das Papier als genügende Legitimation anzusehen und noch einen anderen Berechtigungsnachweis von dem Präsentanten verlangen kann. Zunächst spricht gegen die Annahme, dass das Theaterbillet ein hinkendes Inhaberpapier ist, der Wortlaut des Gesetzes selbst; denn § 808 BGB., der von den hinkenden Inhaberpapieren handelt, verlangt, dass in der Urkunde der Gläubiger genannt ist. Die rechtlichen Wirkungen dieser Urkunden könnten also auf solche mit nicht genanntem Gläubiger nur dann ausgedehnt werden, wenn dies vertraglich — sei es auf der Urkunde selbst oder durch eine statutarische Bestimmung, wie es z. B. bei den Rostocker Sparkassenbüchern der Fall ist — ausbedungen wäre.[3]) Dies ist indessen bei den Theaterbillets regelmässig nicht der Fall, wenn es auch vorkommen kann, wie z. B. bei der Ausgabe von Billets, die nur für eine bestimmte Personenklasse ausgestellt sind, z. B. den Studentenbillets. Diese dürfen nur von Studenten benutzt werden und der Unternehmer, bezw. sein Kontrollpersonal kann den Einlass in das Theater davon abhängig machen, dass der Besucher sich noch anderweitig als durch das Theaterbillet legitimiert, dass er seine

[1]) Lange S. 7.
[2]) Vgl. Koch, Deutschlands Eisenbahn Band II, S. 104.
[3]) Steuer S. 34.

Eigenschaft als Student nachweist.

Entspricht es nun aber, wenn wir von der eben erwähnten Ausnahme absehen, dem Interesse des Unternehmers, ein derartiges Papier mit der Befugnis, den Berechtigungsnachweis noch in anderer Weise als durch das Papier zu verlangen, auszugeben? Sicherlich nicht; denn der Unternehmer hat gar kein Interesse daran, da er ja durch die Leistung an den Inhaber auf alle Fälle befreit wird.[1]) Ebenso wenig würde aber das Verlangen eines anderweitigen Beweises dem Interesse des Besuchers entsprechen, der einen anderen Beweis in den meisten Fällen garnicht führen könnte und durch dies Verlangen ausserordentlich belästigt würde. Daher ist mit Rücksicht auf das Interesse sowohl des Theaterunternehmers wie des Theaterbesuchers und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Ansicht, die in dem Theaterbillet ein „hinkendes Inhaberpapier" sieht, nicht beizutreten.

Aus der Zurückweisung der Theorien, die die Inhaberqualität des Theaterbillets leugnen, folgt eigentlich schon, dass das Theaterbillet als vollkommenes Inhaberpapier anzusehen ist. Doch wir wollen uns mit diesem negativen Beweis nicht begnügen, sondern auch positiv nachweisen, inwiefern das Theaterbillet den Erfordernissen eines Inhaberpapieres entspricht.

Was zunächst die Form der Ausstellung des Theaterbillets betrifft, so steht diese unserer Annahme nicht entgegen. Denn es ist nicht unbedingt erforderlich, wie dies in der Regel der Fall ist, dass das Inhaberpapier die Clausel enthält: „Der Inhaber . . soll berechtigt sein"; es kann nämlich dieser Inhabervermerk auch in anderer Weise zum Ausdruck gebracht sein, wie namentlich dann, wenn die Urkunde, wie beim Theaterbillet, überhaupt keinerlei Andeutung der Person enthält. Fast alle Theaterbillets enthalten nur die Bezeichnung des Datums und des Platzes; darin ist ausgedrückt: Der Inhaber dieses Billets hat das Recht, an dem bestimmten Tage auf dem bestimmten Platze der Aufführung beizuwohnen.[2])

Was nun die rechtliche Wirkung der Ausstellung eines Theaterbillets als Inhaberpapier betrifft, so entspricht diese vollkommen dem Willen des Theaterunternehmers. Das Inhaberpapier nämlich ist ein Wertpapier, d. h. „es ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist."[3]) Das Wesen des Wertpapieres ist also darin zu erblicken, dass das Papier gleichsam selbst Träger eines Rechtes ist, dass das in der Urkunde verbriefte Recht demnach nur durch die Inne-

[1]) Lange S. 10.
[2]) ROhg Band 22, S. 54.
[3]) Brunner Band II, S. 147, in EndemannsHandb. d. Handelsrechts.

habung der Urkunde verwertet werden kann und dass die Geltendmachung des Rechtes lediglich durch die Vorweisung der Urkunde ohne jegliche Legitimationsprüfung erfolgt. Ein Papier mit derartigen rechtlichen Wirkungen auszustellen, kann aber nur die Absicht des Theaterunternehmers sein. Denn da die Geltendmachung des Rechtes nur durch die Vorzeigung des Billets erfolgen kann, ist der Theaterunternehmer gegen Doppelleistungen geschützt. Und wenn diese rechtliche Wirkung zwar auch durch die Ausstellung eines „hinkenden Inhaberpapieres" erzielt wird, so ist einmal zu bemerken, dass eben das Theaterbillet — da es den Gläubiger in der Regel nicht benennt — kein hinkendes Inhaberpapier im Sinne des § 808 BGB. ist. Ferner aber entspricht die Ausstellung des Theaterbillets als Inhaberpapier auch dem Interesse des Publikums, indem dieses einen anderen Berechtigungsnachweis als das Theaterbillet — wie auf Verlangen des Unternehmers bei hinkenden Inhaberpapieren — nicht zu führen braucht.

Die Einwendungen, die gegen die Inhaberpapierqualität des Theaterbillets gemacht werden, sind nicht geeignet, die aufgestellte Theorie zu erschüttern. So meint Platner [1]), der Zweck der Inhaberpapiere bestehe darin, dass sie „in rascher Zirkulation als Gegenstand der Spekulation von Hand zu Hand gehen." Der Inhaber eines Konzert-, Theater-Billets und ähnlicher Karten nimmt ein solches Papier gewöhnlich nur für seine eigene Person,[2]) und beabsichtigt in den meisten Fällen keineswegs dasselbe wiederum in den Verkehr zu bringen und mit ihm durch Ueberlieferung an dritte Personen zu spekulieren." Selbst wenn man davon absieht, dass das Theaterbillet heutzutage sehr oft Gegenstand der Spekulation ist,[3]) so ist doch vor allem der Einwendung Platners entgegenzusetzen, dass nicht die Zirkulationstendenz das Inhaberpapier charakterisiert, sondern die Absicht des Ausstellers, erstens sich der Pflicht der Legitimationsprüfung zu entheben und zweitens des Rechtes dazu zu begeben.[4]) Dies ist der prinzipale Zweck, und die leichte Uebertragbarkeit ist erst die Folge, die sich übrigens auch beim Theaterbillet findet, da der Käufer eines Billets dasselbe in der Regel, wem er will, verkaufen oder verschenken kann.[5]) Demnach kann auch der

[1]) Platner S. 205. Becker Band I, S. 307.
[2]) Platner a. a. O.
[3]) So sind beispielsweise Billets zu den Bayreuther Festspielen, deren normaler Preis 20 Mark ist, einige Tage vor der Aufführung, oft nur zu viel höheren Preisen, die oft 100 Mark übersteigen, zu haben; ebenso wird mit Billets für die Premièrenabende berühmter Dichter, besonders in Berlin, ein schwunghafter Handel getrieben.
[4]) Brunner S. 206.
[5]) Göppert S. 82.

Umstand, dass diese sekundäre Erscheinung bei der Ausgabe der Theaterbillets nicht immer und nicht allein bezweckt ist, nach dem Gesagten die juristische Natur des Theaterbillets als Inhaberpapier, wenn es anders nur sonst die Eigenschaften desselben hat, nicht beeinflussen.[1])

Weiter erhebt Platner[2]) folgenden Einwand: „Da sie (Theaterbillets etc.) den Inhaber nicht berechtigten, Geld zu fordern, gewisse Vermögensrechte anzusprechen, sondern ihm nur ein Recht auf den Genuss gewisser Anstalten, Kunstproduktionen, Bedürfnisse geben, so können sie auch nicht für einen jeden gleiches Interesse gewähren, sondern sind nur für denjenigen von Bedeutung und Wert, der gerade Lust hat, vermittels ihrer sich denjenigen Genuss zu verschaffen, auf welchen sie sich beziehen. Es spricht gegen die allgemeine Natur eines echten Inhaberpapiers, welches von der besonderen individuellen Persönlichkeit des Einzelnen absieht, dass bei diesen Inhaberpapieren die besondere individuelle Meinung, das besondere Bedürfnis des Inhabers berücksichtigt wird.“ Demgegenüber ist anzuführen, dass nach der herrschenden Ansicht[3]) jedes Leistungsversprechen, nicht bloss das Versprechen einer Geldleistung, den Inhalt eines Inhaberpapieres bilden kann.

Die Einwendungen, die Gareis[4]) gegen die Inhaberpapiernatur des Theaterbillets macht, kranken vor allem daran, dass Gareis keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung der auf den Namen lautenden und auf den blossen Inhaber lautenden Papiere macht[5])

So ist die von uns vertretene Theorie durch die Gründe, die gegen sie vorgebracht werden, nicht widerlegt. Auch in der Literatur[6]) wird heut allgemein die Ansicht vertreten, dass das Theaterbillet ein Inhaberpapier ist und zwar ein Inhaberpapier im Sinne des § 807 BGB.

Eine besondere Art der Theaterbillets sind die Abonnementskarten, die in der bisherigen Darstellung ausser Betracht gelassen worden sind. Unter den Abonnementskarten muss man unterscheiden zwischen denen, die auf den Namen lauten, und denen, die keinen Berechtigten nennen. Letztere sind

---

[1]) Steuer S. 11.

[2]) Platner S. 206.

[3]) Brunner S. 204, Cosack S. 334, Endemann Band I, S. 885, Enneccerus-Lehmann S. 723, Band I, Fischer-Henle Nr. 4 zu § 793, Pappenheim S. 85.

[4]) Gareis, Legitimationszeichen a. a. O.

[5]) Vgl. Steuer S. 23.

[6]) Cosack S. 351, Enneccerus-Lehmann S. 734, Band I, Fuchs S. 15, Goldmann-Lilienthal S. 311, Opet S. 226, Brunner S. 206, H. O. Lehmann S. 332, Unger S. 95, 106.

zweifellos den gewöhnlichen Theaterbillets gleichzustellen, d. h. sie sind Inhaberpapiere. Ueber die rechtliche Natur der Abonnementskarten auf Namen kann Zweifel bestehen. Opet[1]) sieht in ihnen „Legitimationszeichen, deren Ausgabe lediglich im Interesse des Unternehmers erfolgt, um ihm den Geschäftsbetrieb zu erleichtern.“ Ich nehme mit Lange[2]) an, dass auch die Abonnementskarten auf Namen als Wertpapiere, deren Präsentation schon allein den Unternehmer zur Leistung verpflichtet, anzusehen sind, da für den Abonnenten ein anderer Nachweis seines Rechtes als die Karte mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein würde, ja oft überhaupt unmöglich wäre (siehe oben S. 12, 14.) Da die Abonnementskarten auf Namen lauten, so könnten sie nun Namenspapiere (Rektpapiere) oder aber „hinkende Inhaberpapiere“ sein. Mit Rücksicht auf das Interesse des Theaterunternehmers, das dahin geht, durch einmalige Leistung an jeden Inhaber befreit zu werden, wird man in ihnen wohl „hinkende Inhaberpapiere“ im Sinne des § 808 BGB. zu sehen haben.[3])

b) Die Bedeutung der Lösung des Theaterbillets für die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages.

Zur Beantwortung der sich nun ergebenden Frage, welche Bedeutung die Lösung des Theaterbillets für die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages hat, wollen wir davon ausgehen, festzustellen, wann die Verpflichtung des Theaterunternehmers und die entsprechende Berechtigung des Besuchers entsteht. Da das Recht des Theaterbesuchers in dem Billet als Inhaberpapier verbrieft ist, so ist die aufgeworfene Frage identisch mit der ausserordentlich bestrittenen Frage, wann überhaupt die Verpflichtung zur Leistung bei Ausgabe von Inhaberpapieren entsteht, ob mit der Ausstellung des Papieres (sogen. Kreationstheorie) oder aber erst, wenn die Urkunde nicht allein ausgestellt, sondern auch dem Gläubiger übergeben worden ist (Vertrags- oder Begebungstheorie.) Die nähere Untersuchung dieser Frage würde den Rahmen unserer Aufgabe überschreiten. Nur dies sei bemerkt, dass das BGB. in den §§ 793ff die Kreationstheorie in vollem Masse anerkannt hat, was besonders klar aus § 794 hervorgeht, der besagt, dass der Aussteller aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet wird, wenn sie ihm gestohlen worden, verloren gegangen, oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Natürlich meint das Gesetz damit nicht, dass der Aussteller dem unredlichen Besitzer eines Billets verpflichtet sein soll, also etwa dem Diebe; diese

[1]) Opet S. 228/9.
[2]) Lange S. 95.
[3]) Lange S. 95.

Bestimmung bezweckt vielmehr nur den Schutz des gutgläubigen Dritten, also desjenigen, der das z. B. gestohlene Billet bona fide erworben hat (vergl. auch § 935 BGB. Abs. 1 und 2.)

Nun bestimmt zwar § 807 für die Karten und Marken des täglichen Verkehrs: „Werden Karten, Marken etc. ausgegeben . . .“, so dass man auf den ersten Blick meinen könnte, für die Karten und Marken des täglichen Verkehrs sei vom BGB. die Vertragstheorie anerkannt worden. Dass dies indes nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, zeigt deutlich die Bestimmung desselben § 807, dass auch die Vorschrift des § 794, des Stützpunkts der Kreationstheorie, auf die Karten Marken etc. Anwendung finden solle. Die Schwierigkeit nun, die darin zu liegen scheint, dass einmal die Verpflichtung des Ausstellers mit der Ausgabe, dann aber auch — gemäss dem Anwendung findenden § 794 — ohne Willen des Ausstellers entsteht, findet ihre Lösung darin, dass in § 807 gemeint ist, die Verpflichtung des Ausstellers entstehe mit dem Beginn der Ausgabe der Karten etc. Auf den Theaterbesuchsvertrag angewendet heisst dies also: sobald erst einmal begonnen ist mit der Ausgabe der Billets, soll der Unternehmer auch dann verpflichtet sein, wenn die Billets ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt sind. Diese Ansicht vertritt wohl auch Seidenschnur,[1]) nach dem die Verpflichtung des Unternehmers mit der „Ankündigung“ der Ausgabe der Billets entsteht, die regelmässig mit der Kasseneröffnung zusammenfällt, nur dass der Ausdruck „Ankündigung“ der Ausgabe der Billets leicht irreführend ist, da man darunter auch nicht die Kasseneröffnung verstehen könnte, sondern schon die Ankündigung des Stattfindens der Vorstellung in den Zeitungen oder auf den Anschlägen, die ja auch einen Hinweis auf die Ausgabe der Billets enthalten.

So können wir also aus unserer Ausführung folgern, dass die Verpflichtung des Unternehmers garnicht auf einem Vertrage beruht, sondern auf einer einseitigen obligatorischen Willenserklärung, die das Versprechen der Zulassung zu einer Vorstellung zum Inhalt hat. Mithin ist auch die Forderung des Theaterbesuchers keine Forderung aus einem Vertrage, sondern sie gründet sich auf zwei selbständige Tatbestände, nämlich einmal auf eine einseitige Willenserklärung des Unternehmers, sodann auf einen einseitigen dinglichen Vorgang, den Besitzerwerb des Billets [2])

Es ist nun zweifellos, dass die Lösung des Theaterbillets, d. h. die Uebergabe des Billets gegen eine Geldleistung ein

[1]) Seidenschnur S. 55.
[2]) Seidenschnur S. 58.

„Kauf“ gemäss § 433 BGB. ist, da ja das Inhaberpapier wie jedes Wertpapier als „Sache“ im Sinne des BGB. anzusehen ist.[1]) Damit ist aber, wie sich aus unserer bisherigen Ausführung ergibt, keineswegs gesagt, dass sich der Theaterbesuchsvertrag als „Kauf“ darstellt, wie es Sommer[2]) annimmt. Nein! Der Kauf ist nur die causa des Erwerbes der Forderung;[3]) die Forderung selbst aber ist keine Forderung aus dem Kaufe, überhaupt aus keinem Vertrage, sondern gründet sich, wie wir gesehen haben, auf zwei selbständige, nicht vertragliche Tatbestände.

Demnach gestaltet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Theaterunternehmer und dem Theaterbesucher durch das Dazwischentreten des Kaufes des Theaterbillets folgendermassen:

Der Theaterunternehmer verpflichtet sich durch die Ausgabe der Billets gemäss § 807 BGB. jedem Inhaber des Billets gegenüber; und zwar ist die Verpflichtung inhaltlich dieselbe, wie wenn der Unternehmer mit dem jeweiligen Inhaber des Billets einen Theaterbesuchsvertrag von der Art, wie wir ihn im vorigen Paragraphen charakterisiert haben, abgeschlossen hätte,[4]) sodass sich die Haftung des Theaterunternehmers nach den Regeln des Theaterbesuchsvertrags bestimmt, nicht etwa nach den Regeln des Kaufes oder etwa bei einem geschenkten Billet nach denen der Schenkung, die nur die causa des Erwerbes der Forderung sind; die in dem Theaterbillet als Inhaberpapier enthaltene Forderung aber ist eine abstrakte, d. h. eine von der causa des Erwerbs der Forderung „abstrahierte“ Forderung.

---

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 311. Lange S. 32, Seidenschnur S. 56.
[2]) Sommer S. 32.
[3]) Seidenschnur S. 55.
[4]) Lange S. 33.

Kapitel II.

Der Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers.

§ 4.

Die auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Theorien.

Als Eigentümlichkeit des Theaterbesuchsvertrags wird vielfach in der Literatur der Kontrahierungszwang des einen Kontrahenten, nämlich des Unternehmers angesehen. Unter „Kontrahierungszwang" versteht man im allgemeinen die rechtliche Verpflichtung zur Vertragsschliessung, im Theaterrecht werden wir darunter, nicht, wie Opet,[1]) die Verpflichtung des Theaterunternehmers mit den sich ihm als Gegenkontrahenten anbietenden Personen Theaterbesuchsverträge jeder Art einzugehen verstehen, sondern nach der Bedeutung, die wir im vorigen Paragraphen der Lösung des Theaterbillets zugeschrieben haben, die Verpflichtung des Theaterunternehmers zum Verkauf von Theaterbilleten an jedermann Diese Frage, ob ein Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers besteht, hat praktische Bedeutung besonders dann, wenn dem Theaterunternehmer daran gelegen ist, missliebige Personen, besonders gefürchtete Rezensenten, vom Theaterbesuch auszuschliessen.[2])

Im allgemeinen muss natürlich jeder das Recht haben zu kontrahieren, mit wem er will. „Die Beteiligten sollen souverän nicht nur darüber befinden, was Inhalt des Vertrages sein soll, sondern auch darüber, ob sie überhaupt einen Vertrag abschliessen wollen".[3]) Soll ein Rechtszwang zum kontrahieren bestehen, so muss dieser seine besonderen Gründe haben.

Einen derartigen Kontrahierungszwang wird man anzunehmen haben bei Theaterunternehmungen, die vom Staate oder öffentlich-rechtlichen Korporationen betrieben werden.[4]) Gerade wie bei den staatlich betriebenen Transportanstalten — vgl. Güterbeförderung auf den Eisenbahnen (§ 453 HGB.) Beförderung von Postsendungen, (§ 3 des Postgesetzes für das Deutsche Reich vom 21. Oktober 1871), Beförderung von Telegrammen (§ 5 des Gesetzes über Telegraphenwesen vom 6. April 1892) — ein Kontrahierungszwang besteht, so besteht er auch für die publizistischen Theaterunternehmungen. Hier

[1]) Opet S. 253.
[2]) Vgl. den Fall des Pianisten Hans v. Bülow c/a. Kgl. Opernhaus zu Berlin „Zirkus Hülsen." Heinzmann S. 129.
[3]) Riezler S. 92.
[4]) Opet S. 257.

wie dort handelt es sich um publizistische Anstalten, deren Wesen darin liegt, dass sie jedermann zur Benutzung offenstehen und daher, falls die Benutzung den Abschluss eines Vertrages erfordert, jedermann den Abschluss des Vertrages gestatten müssen. Der Kontrahierungszwang für die publizistischen Theaterunternehmungen ist, wie für die staatlich betriebenen Transportanstalten, nach Opet unmittelbar ex lege begründet.[1])

Der Einwand, den Seidenschnur[2]) gegen die Unterscheidung zwischen publizistischen und Privattheaterunternehmungen erhebt, ist nicht begründet. „Für den Kontrahierungszwang, sagt er, kommt nichts darauf an, ob der Unternehmer, der kontrahiert, eine physische Person (Privatmann) oder eine juristische (Staat oder Gemeinde) ist.“ Freilich, darauf käme es nicht an. Aber der Unterschied zwischen Privat- und publizistischen Theaterunternehmungen ist garnicht der, dass der Unternehmer eine physische bezw. eine juristische Person ist. Es gibt doch auch Privatunternehmer, die juristische Personen sind, so, wenn der Theaterunternehmer beispielsweise eine Aktiengesellschaft ist.

Der Einwand Seidenschnurs,[3]) dass ein „Vorvertrag“[4]) zwischen dem Theaterunternehmer und dem gesamten Publikum über den Abschluß von Theaterbesuchsverträgen juristisch nicht denkbar ist, da das gesamte Publikum doch seine Willensübereinstimmung nicht zu erkennen geben könnte, wäre zwar an sich begründet, aber Opet spricht ja garnicht von einem wirklich abgeschlossenen Vorvertrage; er sagt vielmehr: „Der Theaterunternehmer befindet sich hier dem gesamten Publikum gegenüber gewissermaßen durch einen stillschweigend geschlossenen Vorvertrag verpflichtet.“

Was nun die Privatunternehmungen betrifft, so sind für diese verschiedene Theorien aufgestellt worden, die einen Kontrahierungszwang zu begründen versuchen. Nach der einen Theorie beruht der Rechtszwang des Theaterunternehmers, zu kontrahieren, auf dem „rechtlichen Monopol“, das die Theaterunternehmungen, die auf Grund staatlicher Autorisation betrieben werden, genössen. Der Kontrahierungszwang bildet nach dieser Theorie dann gleichsam das Korrelat zu der rechtlich bevorzugten Stellung des Theaterunternehmers. Diese Theorie ist aber für das heutige deutsche Theaterrecht unhaltbar. Denn es gibt kein Theatermonopol in Deutschland.

[1]) Opet, S. 255.
A. M. Seidenschnur, S. 62.
[2]) Seidenschnur, S. 14.
[3]) Seidenschnur, S. 15.
[4]) Opet a. a. O.

Allerdings besteht für die Theaterunternehmungen das Konzessionssystem nach § 32 der Gew.-O. Aber diese Konzession verleiht einmal kein Monopol des Betriebes, sodaß auch andere Unternehmer das Recht zu gleichem Betriebe haben. Ferner kann auch aus dem Zweck der Konzession nicht auf den Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers geschlossen werden. Die Konzession hat einmal den Zweck, Gefahren, die aus dem Betriebe entstehen könnten, zu beseitigen (Gew.-O. §§ 16, 24[1]). Oder aber, die Konzession bezweckt eine Kontrollierung der konzessionspflichtigen Betriebe, damit nur so viele Betriebe konzessioniert werden, als dem Bedürfnis des Publikums entsprechen. Aus diesem Zweck der Konzession ist allerdings ein Kontrahierungszwang abzuleiten „Denn die Konzessionserteilung enthält hier das Anerkenntnis, daß das Bedürfnis noch nicht gedeckt ist, und damit verpflichtet sie zum Betriebe des Gewerbes. Denn anderenfalls würde das Bedürfnis nie gedeckt werden, wenn man auch noch so viele konzessionierte."[2]) Indessen: die Theaterunternehmung gehört nicht hierher, da man wohl nicht sagen kann, daß durch den Betrieb einer Theaterunternehmung das „Bedürfnis" des Publikums gedeckt wird.[3]) Endlich ist die Konzession erforderlich, weil der Theaterunternehmer bestimmte Eigenschaften haben muß (Gew.-O. §§ 32, 42b, § 60a).

§ 32. Die Konzession wird versagt, wenn der Unternehmer nicht die nötigen Mittel nachzuweisen vermag, oder „wenn die Behörde auf Grund von Tatsachen die Ueberzeugung gewinnt, daß derselbe die zum Gewerbebetriebe erforderliche Zuverlässigkeit, insbesondere in sittlicher, artistischer und finanzieller Beziehung nicht besitzt." Auch hier enthält die Konzessionierung keinen Kontrahierungszwang; denn weshalb sollte ein auf seine Zuverlässigkeit hin geprüfter Unternehmer schlechter gestellt sein, als ein solcher, der nicht darauf geprüft ist?[4]) Sollte ein Kontrahierungszwang in diesem Falle bestehen, so müßte dies in der Gewerbe-Ordnung ausdrücklich bestimmt sein, was indessen nicht der Fall ist.

Neben der Theorie, des rechtlichen Monopols besteht die Theorie des sogenannten „faktischen Monopols".[5]) Nach dieser Theorie ist der Kontrahierungszwang das Korrelat des faktischen Vorzugs, den ein Theaterunternehmer dadurch genießt,

[1]) Seidenschnur, S. 15.
Biermann, S. 272 ff.
[2]) Biermann, S. 278.
[3]) Seidenschnur, S. 15.
[4]) Biermann, S. 278.
[5]) Meili, Telefonrecht S. 161.
Opet, S. 257.

daß er keine Konkurrenz am Orte hat. Auch diese Theorie ist nicht zu halten. Einmal hätte der Theaterunternehmer, da das Monopol nur faktisch ist, nicht das Recht des ausschließlichen Betriebs und damit auch nicht die Pflicht mit jedermann zu kontrahieren.[1]) Ferner aber müßte nach dieser Theorie ein Unterschied gemacht werden in der rechtlichen Behandlung der Theater mit und ohne Konkurrenz; und es würde, da konkurenzlose Theater nur noch an kleinen Orten bestehen, der Kontrahierungszwang „ein sehr bescheidenes, auf die unbedeutendsten Theaterunternehmungen beschränktes Dasein fristen."[2])

Eine andere Theorie ist die der öffentlichen Zweckbestimmung". Nach ihr besteht für jede Anstalt, die eine öffentliche Zweckbestimmung hat, der Kontrahierungszwang. Zu diesen öffentlichen Anstalten gehören nach einer Ansicht alle diejenigen, die „ihr Unternehmen dem Publikum öffentlich angekündigt haben mit Preisbedingungen, Wiederkehr der Leistung in Zeiträumen, die nach Tag und Stunden bestimmt sind "[3]) Nach anderer Ansicht ist nur ein regelmäßiger Gewerbebetrieb zum Nutzen der Bürger erforderlich.[4]) Da derartige öffentliche Anstalten dem publicus usus, der Befriedigung eines Massenbedürfnisses dienen, so folgerte man daraus für sie den Rechtszwang mit jedermann zu kontrahieren.[5]) Indessen: diese Folge würde für die Theaterunternehmungen nur dann zutreffen, wenn diese gesetzlich als quasi — publizistische, der Befriedignng von Massenbedürfnissen dienende Unternehmungen anerkannt wären. Solange dies nicht der Fall ist, ist ein Kontrahierungszwang für die Theaterunternehmungen als „Anstalten mit öffentlicher Zweckbestimmung" nicht anzunehmen; denn die Bedürfnisse des Verkehrslebens allein, die man als Grund für den Kontrahierungszwang angeben könnte und von denen man bei den Theaterunternehmungen garnicht gut sprechen kann (s. o S. 23), sind keine genügende Begründung für den Kontrahierungszwang. Zwar ist es Aufgabe des Staates dafür zu sorgen,[6]) daß diejenigen Gewerbe, die für das Wohl der Gesamtheit unentbehrlich sind, jedermann die Möglichkeit gewähren, seine Bedürfnisse zu decken; zu diesem Zwecke muß der Staat aber

[1]) Seidenschnur, S. 15.
[2]) Opet, S. 258.
[3]) Seidenschnur S. 16.
[4]) Vgl. bei Biermann; 291, 292.
Zschimmer, S. 51/2.
[5]) Opet, S. 259.
Meili, S. 161.
[6]) Biermann, S, 290.

diesen Gewerben durch Gesetz oder Polizei-Verordnung den Kontrahierungszwang auferlegen, wenn man nicht etwa nachzuweisen vermag, daß er gewohnheitsrechtlich besteht. Das wirtschaftliche und Verkehrsbedürfnis allein kennzeichnet sich zu sehr nach der subjektiven Auffassung einzelner, als daß man es als Rechtsquelle eines bestimmten objektiven Rechtes ansehen könnte.[1])

§ 5.

Die Offertentheorie.

Gegenüber den bisher erwähnten Ansichten, die den Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers durch öffentlich-rechtliche Momente zu begründen versuchen, stützt sich eine andere Theorie, die sogenannte „Offerten-Theorie" zum Nachweis des Kontrahierungszwanges des Theaterunternehmers auf Sätze des Privatrechts. Die Vertreter dieser Ansicht[2]) nämlich sehen in der öffentlichen Bekanntmachung des Theaterunternehmers über das Stattfinden von Vorstellungen eine rechtsverbindliche Offerte zum Abschluß von Verträgen, und zwar eine an das Publikum gerichtete Offerte. Demnach stellt sich nach dieser Ansicht das Verlangen nach Theaterbillets seitens jedes beliebigen Theaterbesuchers bereits als eine von dem an die Offerte gebundenen Unternehmer nicht zurückweisbare (vgl. § 145 BGB.) — über Zurückweisung ex justa causa s. folg. § S. 33 — Akzeptation der Offerte dar, mit der der Vertrag abgeschlossen ist.

Die Offertentheorie ist stark bekämpft worden. Man hat ihr zum Vorwurf gemacht, daß sie auf einer falschen Voraussetzung beruhe, indem sie nämlich in der für eine unbestimmte Menge geltenden öffentlichen Ankündigung von Vorstellungen eine „Offerte an das Publikum" sehe, die überhaupt ein juristisches Unding sei. Vielmehr habe man in den öffentlichen Bekanntmachungen der Theaterunternehmer nur eine Aufforderung an das Publikum su sehen, selbst Offerten zum Kauf von Theaterbillets dem Theaterunternehmer zu machen, die dieser dann beliebig annehmen oder ablehnen könne.[3])

Gegen die Behauptung, daß die Offerte an das Publikum ein juristisches Nonsens sei, läßt sich zunächst anführen, daß eine Reihe von Tatbeständen des praktischen Lebens, wenn

[1]) Seidenschnur, S. 16.

[2]) Vgl. insbes. Biermann, S. 309 ff.

[3]) Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. IV, S. 95 u. Bd. XXIII, S. 275. Stobbe, Deutches Privatr. Bd. III, S. 84 vgl. Lotmar I, S. 260. Vgl. sonstige Literatur b. Seidenschnur S. 17.

sie sich überhaupt juristisch konstruieren lassen sollen, nur mit Hilfe der Annahme einer Offerte an das Publikum konstruiert werden können.[1]) So verhält es sich z. B. bei der Aufstellung eines Automaten. Läge in dieser keine Offerte an das Publikum, Schokolade, Bonbons etc. zu verkaufen, sondern nur die Aufforderung Offerten zu machen, so wäre das Hineinwerfen des Geldstückes die Offerte und die Akzeptation dieser Offerte bliebe aus. Da man nun aber die Ware aus dem Automaten auf Grund eines Vertrages und nicht eines einseitigen Rechtsgeschäftes erhält, so kämen die Schriftsteller, die in der Aufstellung des Automaten nicht schon eine Offerte sehen, zu dem Resultat eines Vertrages, bei dem die Akzeptation der Offerte fehlte. Ebenso verhält es sich mit anderen mittels Automaten zustande kommenden Rechtsgeschäften.[2])

Auch andere, ohne Vermittlung von Automaten geschlossene Verträge kommen auf Grund einer „Offerte an das Publikum“ zustande. So müssen wir in der Aufstellung von Kuchenkörben in den Kaffeehäusern eine Offerte an das Publikum sehen. Denn machte erst der Gast, indem er von dem Kuchenkorbe nimmt, die Offerte, so müsste er mit dem Essen warten, bis die Akzeptation der Offerte durch den Eigentümer, bezw. Kellner des Lokals erfolgte, was indessen niemand tut. Auch in der Aufstellung von Billards oder in dem Auslegen von Zeitungen in öffentlichen Lokalen sind Offerten an das Publikum enthalten, und zwar Offerten zur Sachmiete, locatio, conductio rei, bezw. zur Leihe. Man benutzt Billard und Zeitungen ohne weiteres, ohne zu fragen, ob die Benutzung auch gestattet sei, und akzeptiert damit Offerten, die an das Publikum gerichtet sind. Der Einwand, daß der Gast dadurch, daß er überhaupt in das Lokal zugelassen werde, die Erlaubnis erhalte, von den zur Benutzung aufgestellten Gegenständen Gebrauch zu machen, ist unbegründet, da es ja möglich ist, daß der Besucher des Lokals das Billard benutzt oder die Zeitung liest, bevor er noch von dem Wirt oder Kellner bemerkt worden ist.[3])

Es ist nun allerdings richtig, daß in den erwähnten Fällen einer „Offerte an das Publikum“ die Person dessen, an den die Offerte gerichtet ist — des Antragsgegners — unbestimmt ist und zwar objektiv wie subjektiv unbestimmt.

---

[1]) Biermann, S. 293.
[2]) Vgl. Biermann, S. 293.
[3]) Biermann, S. 296. Die Ansicht Biermanns, dass überhaupt keine Zulassung des Gastes erfolge, ist allerdings zu weitgehend; denn der Wirt kann jedem sein Lokal verbieten, und wer ohne seinen Willen in das Lokal kommt oder darin verweilt, macht sich eventuell eines Hausfriedensbruches schuldig (§ 123 RStGB).

Antragsgegner ist das Publikum und dieses ist eine persona incerta; jedermann, jeder Beliebige, der überhaupt fähig ist, Rechtsgeschäfte einzugehen, soll die Offerte annehmen können. Jedoch diese Unbestimmtheit der Person des Antragsgegners ist kein Grund, in den genannten Fällen, wie in den für uns in erster Linie in Betracht kommenden Ankündigungen des Theaterunternehmers, keine Offerte an das Publikum zu sehen. Denn der Vertrag, der mit dem Theaterunternehmer durch die Annahme der Offerte geschlossen wird, entbehrt jeder persönlichen Beziehung: Der Gegenkontrahent kommt für den Theaterunternehmer nur als eine „ein bestimmtes Entgelt prästierende Person, nicht als Individuum in Betracht".[1]) In diesem Sinne nennen Platner und Biermann den Antragsgegner einer Offerte an das Publikum zutreffend eine „fungible Person".[2])

Ganz anders liegt es, wenn der Offerent bei seiner Ankündigung bestimmte Personen, d. h. Personen von bestimmter Eigenschaft im Auge hat, von denen allein die Offerte angenommen werden kann. Hier ist die Person des Antragsgegners nur objektiv, nicht auch subjektiv unbestimmt, und in derartigen Ankündigungen ist darum auch keine Offerte an das Publikum enthalten. So ist z. B. keine Offerte an das Publikum die Zeitungsannonce: „Ein Dienstmädchen für Küche und Haushalt, das selbständig kocht, sucht gegen 150 Mark jährlichen Lohns zum 1. April Y".[3]) Denn für die Herrschaft sind die Dienstmädchen keine „fungiblen Personen", es ist der Herrschaft nicht gleich, wen sie als Mädchen bekommt, die einen verlangen gute Zeugnisse, die anderen ein gefälliges Aeußere, andere wieder anderes. Aus demselben Grunde kann auch in einer Annonce, die zum Beitritt in einen Verein auffordert, nicht eine Offerte an das Publikum gesehen werden, somit auch nicht auf Grund einer derartigen Annonce für jedermann ein Recht auf Aufnahme in den Verein bestehen, wie Ihering folgert.[4]) Denn auch in diesem Falle ist der Antragsgegner keine „fungible Person", da die Persönlichkeit dessen, der um Aufnahme in den Verein nachsucht, bei seiner Aufnahme in Betracht gezogen wird.

Wenn nun zwar die Person des Antragsgegners nicht blos unbestimmt sein darf, sondern es sogar sein muß, falls man überhaupt von einer Offerte an das Publikum sprechen will, so muß doch der Inhalt der Offerte stets bestimmt

---

[1]) Opet S. 261.
[2]) Platner, aaO. S. 223.
Biermann, S. 298.
[3]) Biermann, S. 299.
[4]) Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 23, S. 276.

sein. Der Inhalt der Offerte aber ist dann bestimmt, wenn die Offerte vollständig ist, d. h wenn sie alle wesentlichen Merkmale des geplanten Rechtsgeschäftes enthält. So liegt eine vollständige Kaufofferte beispielsweise dann vor, wenn die zu verkaufende Sache und der Preis festbestimmt ist, also wenn es z. B. heißt: „Ein Fahrrad Marke Brennabor für 60 Mark zu verkaufen bei X.“ [1])

Dagegen folgt aus dem Erfordernis der Bestimmtheit der Offerte nicht, wie Zschimmer [2]) annimmt, daß bei der Offerte an das Publikum eine bestimmte Anzahl von Offerten vorhanden sein muß. Für die Automaten trifft dies allerdings zu; denn hier wird immer nur eine Offerte ganz bestimmten Inhalts gestellt; sowie nämlich durch das Hineinwerfen des Geldstücks eine Offerte angenommen ist, wird eine neue gestellt. Deshalb ist die Aufstellung eines Automaten auch nach Zschimmer eine wahre Offerte an das Publikum. Dagegen sieht Zschimmer im Gegensatz zu Biermann [3]) darin beispielsweise keine Offerte an das Publikum, daß ein Kaufmann in der Zeitung annonciert, daß jeder bei ihm für 10 Pfg. eine Tafel Chokolade von einer bestimmten Größe erhalte. Denn hier fehlt es nach Zschimmer an einer bestimmten Anzahl Offerten; man wisse nicht, ob in der Erklärung nur eine Offerte auf den ganzen Vorrat Chokolade enthalten sei, oder aber so viele Offerten als Tafeln vorhanden seien. Indessen kann aber der Umstand, daß der Kaufmann den ganzen Vorrat Chokolade auf einmal verkaufen kann, was ihm ja auch am liebsten wäre, an der rechtlichen Natur der Erklärung nichts ändern. Auch der Aufsteller eines Automaten möchte wohl am liebsten den ganzen im Automaten befindlichen Vorrat an Waren auf einmal an den Mann bringen. Daß dies beim Automaten nicht möglich ist, liegt lediglich an der technischen Einrichtung der Automaten, also an etwas rein Aeußerlichem. Auch bei dem von Zschimmer [4]) angeführten Exner'schen Beispiel von dem Custos einer Gemäldegalerie, der im Eingang der Galerie einen Tisch mit Katalogen aufstellt und daneben eine Geldbüchse mit der Aufschrift: „Jeder, der einen Katalog zu haben wünscht, stecke 50 Pfg. in die Büchse,“ ist die Möglichkeit vorhanden, daß dem Custos sämtliche oder mehrere Kataloge auf einmal abgenommen werden. Wird aber in diesem Falle auch nur immer eine bestimmte Offerte von einem angenommen? Und doch gibt Zschimmer hier das Vorhandensein einer Offerte an das Publikum zu. Wenn nun aber in dem Auslegen der Kataloge eine Offerte an das

[1]) Biermann, S. 298, 304 vgl. Planck, Bd. I, zu § 145.
[2]) Zschimmer, S. 79ff.
[3]) Biermann, S. 298.
[4]) Zschimmer, S. 67.

Publikum enthalten ist und hier die Frage, wie viele Offerten in dem Auslegen der Kataloge enthalten sind, ob eine auf den ganzen Vorrat oder immer nur eine auf ein Exemplar oder auf mehrere Exemplare rechtlich bedeutungslos ist, so muß sie auch bei dem Beispiel von der Tafel Chokolade ohne rechtliche Bedeutung sein. Die beiden Fälle sind nicht verschieden, sondern sie gleichen sich; in beiden Fällen nämlich enthält die Offerte die Erklärung, daß der Offerent von dem bestimmten Gegenstand seinen Vorrat, einen einzelnen Gegenstand oder mehrere einzelne Gegenstände verkaufen wolle. Wieviele Gegenstände tatsächlich verkauft werden, hängt lediglich vom Willen des Akzeptanten ab. Man kann deshalb in beiden Fällen von einer „Kollektivofferte" sprechen,[1]) und zwar von einer Kollektivofferte, deren Inhalt festbestimmt ist und deren Umfang im einzelnen durch die Annahmeerklärung des Akzeptanten bestimmt wird, wodurch auch die eine Kollektivofferte in mehrere Teilofferten aufgelöst werden kann.[2])

Daher spricht auch der Umstand, daß in den Bekanntmachungen der Theaterunternehmer nichts über die Anzahl der Offerten, d. h. über die Anzahl der im Theater vorhandenen Plätze gesagt ist, nicht dagegen, in diesen Bekanntmachungen Offerten an das Publikum zu sehen. Erforderlich ist nur, daß die Bekanntmachung sonst einen bestimmten Inhalt hat, daß die Leistung und Gegenleistung der Kontrahenten genau bestimmt ist. Und dies ist der Fall. Denn die Bekanntmachungen der Theaterunternehmer bezeichnen Namen und Art des aufzuführenden Stückes, geben die in dem Stücke auftretenden Personen und ihre Darsteller an, die Zeit der Aufführung, die Art der im Theater vorhandenen Plätze und ihre Preise. Daraus, daß das Theater verschiedene Kategorien von Plätzen zu verschiedenen Preisen hat, kann nicht etwa die Unbestimmtheit der Leistung gefolgert werden, es werden eben von jeder Kategorie soviele Plätze angeboten, als vorhanden sind.[3])

Noch ein zweites Erfordernis stellt Zschimmer für die Offerte an das Publikum auf; er verlangt nämlich, daß die Annahme der Offerte so gestaltet sein müsse, daß die gleichzeitige Annahme der Offerte durch mehrere ausgeschlossen sei.[4]) So ist nach Zschimmer in der Annonce: „Ich verkaufe für 100 Mark meinen Hühnerhund Tyras" ebensowenig eine Offerte an das Publikum enthalten, wie darin, daß jemand in einem Wirtshause öffentlich seine Uhr für einen bestimmten Preis

[1]) Seidenschnur, S. 26.
[2]) Vgl. Dernburg, Pand. II. S. 42. Windscheid, Pand. II. S. 165.
[3]) Biermann, S. 309.
[4]) Zschimmer, S. 42.

ausbietet. Denn in beiden Fällen ist die Möglichkeit vorhanden, daß die Offerte gleichzeitig von mehreren angenommen werde, sodaß der durch die Offerte gebundene Offerent jedem Akzeptanten die offerierte Sache oder — da dies bei der Speziessache nur einmal möglich ist — das Erfüllungsinteresse leisten müßte. Dies könne aber unmöglich die Absicht des Offerenten sein, der sich nur zu einmaliger Leistung verpflichten wolle. Anders sei es, so meint Zschimmer, in dem bereits erwähnten Beispiel vom Custos der Gemäldegalerie. (S. 28). Da nämlich hier die Annahme nicht dadurch erfolge, daß man die 50 Pf. in die Büchse steckt, sondern dadurch, daß man sich in den Besitz des Kataloges setze, so sei die Möglichkeit einer gleichzeitigen Annahme durch mehrere ausgeschlossen; eine Offerte könne immer nur von einem angenommen werden. Indessen besteht, wie Seidenschnur [1]) ausführlich nachgewiesen hat, zwischen den drei Fällen kein Unterschied. Auch in dem Beispiel von den Katalogen ist, wenn man auch Zschimmer darin Recht gibt, daß die Annahme erst durch die Besitzergreifung des Kataloges erfolge, eine gleichzeitige Annahme durch mehrere möglich; man braucht sich blos vorzustellen, daß sämtliche Kataloge bis auf einen einzigen verkauft sind und zwei an den Tisch herantretende Personen den letzten Katalog ergreifen. Soll etwa jetzt, wo nur noch ein Katalog vorhanden ist, das Anbieten der Kataloge aufhören eine Offerte an das Publikum zu sein? Der Grund, weshalb Zschimmer für die Offerte an das Publikum eine die Möglichkeit einer gleichzeitigen Annahme der Offerte durch mehrere ausschließende Annahmehandlung fordert, ist nicht stichhaltig; er liegt darin, daß Zschimmer den Offerenten vor mehrmaligen Leistungen, der offerierten Sache und des Erfüllungsinteresses schützen will. Ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse besteht aber nicht, sowie aus der Art der Offerte deutlich hervorgeht, daß sie an mehrere gerichtet ist. Denn jeder Akzeptant muß sich dann sagen, daß er, ebenso wie er mit der Annahme zu spät kommen kann, in die Lage kommen kann, mit mehreren zu gleicher Zeit anzunehmen; und jeder weiß dann auch, daß der Offerent einer Speziessache nur einem gegenüber verpflichtet sein will. Wenn er also — was praktisch übrigens gewiß selten vorkommen wird — genau zu gleicher Zeit mit anderen annimmt, so braucht der Offerent doch nur einmal zu leisten. Der Fall liegt dann ganz ähnlich dem Falle bei der Auslobung, daß die Handlung, für die eine Belohnung ausgesetzt ist, von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden ist. Wie

[1]) Seidenschnur, S. 23, 24.

bei der Auslobung jedem ein gleicher Teil der Belohnung zusteht, so wird man analog auch hier jedem der gleichzeitiger Akzeptanten, die nicht die Sache erhalten einen — eventuell in Geld umwandelnden — Teilanspruch zubilligen müssen. (vgl. § 659, Abs. 2 BGB.[1]) Was die Ankündigungen den Theaterunternehmer betrifft, so ist übrigens bei ihnen, wie Zschimmer selbst zugibt, das von ihm aufgestellte Erfordernis vorhanden, da infolge der Einrichtung der Billetschalter eine gleichzeitige Annahme der Offerte durch mehrere ausgeschlossen ist.

§ 6.

Die Art des aus der Offertentheorie sich ergebenden Kontrahierungszwanges.

Die Ausführungen des vorigen Paragraphen führen uns zu dem Resultat, daß die Bekanntmachungen der Theaterunternehmer Offerten an das Publikum enthalten. Damit ist zugleich festgestellt, daß für den Theaterunternehmer ein Kontrahierungszwang besteht, insofern nämlich, als jeder aus dem Publikum die Offerte annehmen und vom Unternehmer Leistung verlangen kann. Indessen muß man sich, um die wahre Natur des Kontrahierungszwanges zu erkennen, vergegenwärtigen wie er entstanden ist. Man muß stets im Auge behalten, daß der Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers seinen Grund hat in der an das Publikum gerichteten Offerte, d. h. also in einer Willenserklärung des Unternehmers. Daraus folgt schon, daß der Kontrahierungszwang kein absoluter ist, sondern daß er vielmehr vom Willen des Unternehmers abhängig ist.[2]) Daher muß es auch dem Theaterunternehmer, wenn er seine an sich freie Entschließung im Kontrahieren einschränkt, überlassen bleiben, das Maß dieser Einschränkung zu bestimmen. Der Theaterunternehmer kann seine in der Bekanntmachung enthaltene Offerte gestalten, wie er will; er kann darin ganze Personenklassen, z. B. Personen eines gewissen Alters (vgl. „Vorstellung nur für Erwachsene"), Geschlechtes, Standes von der Teilnahme an der Vorstellung ausschliessen, mit denen er dann nicht zu kontrahieren braucht; denn ihr Verlangen eines Theaterbillets ist nicht Akzeptation einer an sie gar nicht gerichteten Offerte, sondern selbst Offerte, die der Unternehmer beliebig annehmen oder zurückweisen kann.

Ebenso wie der Theaterunternehmer durch eine generelle Erklärung ganzen Personenklassen gegenüber sich die Freiheit im Kontrahieren wahren kann, so muß ihm auch die Befugnis

[1]) Vgl. Seidenschnur, S. 23.
[2]) Opet. S. 264.

eingeräumt werden, eine bestimmte Person, also etwa einen mißliebigen Rezensenten durch spezielle Erklärung vom Besuch der Vorstellung auszuschließen. Freilich muß dies rechtzeitig geschehen,[1]) nicht etwa erst abends an der Kasse, wenn der Rezensent das Billet verlangt, sondern entweder muß der Unternehmer seinen Willen schon in der Ankündigung kundgegeben haben (dann liegt dem Rezensenten gegenüber überhaupt keine Offerte vor), oder aber der Unternehmer muß dem Rezensenten gegenüber die Offerte rechtzeitig d. h. nicht erst abends an der Kasse, sondern eine angemessene Frist vor Beginn der Vorstellung widerrufen, indem er ihm schriftlich oder mündlich seinen Willen kundtut. Die Gründe für den Ausschluß einer bestimmten Person sind juristisch irrelevant; nur ist eine Zurückweisung aus blosser Chikane unzulässig.[2])

Nun fragt es sich aber, ob nicht jemand, dem gegenüber der Theaterunternehmer den Kontrahierungszwang in der angegegebenen Weise ausgeschlossen hat, trotzdem dadurch Zutritt zur Vorstellung erlangen kann, daß er das Billet aus zweiter Hand, nämlich von einer Person erwirbt, der es rechtsgiltig verkauft worden ist. Auf den ersten Blick könnte man dies mit Rücksicht auf die Inhaberpapierqualität des Theaterbillets (s. o. § 3a), dessen Präsentation ja allein ein erzwingbares Recht auf Zulassung zur Vorstellung gewährt, für zulässig erachten, wie es auch tatsächlich mehrere Schriftsteller angenommen haben.[3]) Es ist aber klar, daß man damit schließlich das Bestehen eines absoluten Kontrahierungszwanges des Theaterunternehmers anerkennen würde, da es jedem von der Offerte Ausgenommenen leicht wäre durch eine Mittelperson sich den Zutritt zur Vorstellung zu verschaffen.

Dieser Auffassung können wir indessen nicht beitreten. Sie folgt auch nicht aus der Inhaberpapiernatur des Theaterbillets; vielmehr genügen selbst die wenigen Einwendungen, die der Aussteller eines Inhaberpapieres dem Inhaber nach § 796 BGB. entgegensetzen kann, vollkommen, um dem Theaterunternehmer das Recht der Leistungsverweigerung einem Billetinhaber gegenüber zu gewähren, der — sei es durch generelle oder spezielle Erklärung — vom Theaterbesuch ausgeschlossen worden ist. § 796 BGB. läßt nämlich den Aussteller eines Inhaberpapieres dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Nehmen wir zunächst nun den

[1]) Seidenschnur, S. 42.
[2]) Biermann, S. 320.
[3]) vgl. v. Ihering, aaO. Bd. 23, S. 327 Kohler, Arch. für bürg. Recht Bd. 4 S. 187.

Fall, daß der Theaterunternehmer durch generelle Erklärung in seiner Bekanntmachung den Kreis der Personen, mit denen er kontrahieren will, festbestimmt hat, sei es positiv oder negativ, indem er bestimmte Personen von der Offerte ausgenommen hat. Verlangt nun jemand, der nicht zu den akzeptationsberechtigten Personen gehört, auf Grund der Vorzeigung eines anderweitig rechtsgiltig erlangten Billets Zulassung zur Vorstellung, so kann der Unternehmer den Einlass unter Berufung auf den Wortlaut der Bekanntmachung verweigern. Diese Berufung auf den Inhalt der Bekanntmachung kann nämlich zugleich als eine der dem Aussteller nach § 796 zustehenden Einwendungen, die sich aus der Urkunde, (d. h. dem Billet) selbst ergeben, aufgefaßt werden; denn das Verhältnis des Theaterbillets zu der öffentlichen Bekanntmachung des Unternehmers ist ein derartiges, daß der Inhalt des Billets und der der Bekanntmachung eng zusammengehören, sodaß der Inhalt des Billets erst in der Bekanntmachung „eine notwendige, juristisch als integrierender Bestandteil des Billetwortlauts aufzufassende Ergänzung findet.“ [1]) Ebenso steht dem Theaterunternehmer auch dem Billetinhaber gegenüber, den er durch spezielle schriftliche oder mündliche Mitteilung vom Theaterbesuch ausgeschlossen hat, das Leistungsverweigerungsrecht zu, indem er ihm die exceptio doli entgegensetzen kann; [2]) denn da er nach dem ihm kundgegebenen Willen des Unternehmers zu den von der Offerte ausgenommenen Personen gehört, wäre es Arglist, sich durch Vermittelung eines Dritten Zutritt zu der Vorstellung zu verschaffen. Auch diese Einwendung steht dem Aussteller des Billets nach § 796 zu; denn es ist eine Einwendung „unmittelbar gegen den Inhaber“.

So wird also durch diese Argumentation unsere Ansicht, daß der Kontrahierungszwang kein absoluter ist, bestätigt, er besteht, da er dem freien Willen des Theaterunternehmers entspringt, nur insoweit, als sich der Unternehmer den Zwang auferlegt hat.

Von der Zurückweisung der auf Grund der Gestaltung der Offerte durch den Theaterunternehmer überhaupt nicht akzeptationsberechtigten Person ist die Zurückweisung „ex justa causa“ einer an sich rechtsgiltigen Annahme einer Offerte an das Publikum wohl zu unterscheiden. Dies dem Offerenten zustehende Recht der Zurückweisung „ex justa causa“ ist eine Eigentümlichkeit der Offerte an das Publikum, durch die sich diese von den gewöhnlichen Offerten unterscheidet. Die Zurückweisung „ex justa causa“ ist begründet in dem Wesen der

---

[1]) Vgl. Opet, S. 266.
[2]) Opet, S. 267.

Offerte an das Publikum; denn da diese sich an eine unbestimmte Personenmehrheit richtet, so ist die Möglichkeit der Annahme der Offerte durch Elemente gegeben, die die Interessen anderer die Offerte Annehmender erheblich gefährden können, sodaß diesen das Recht auf Beseitigung der Gefährdung zugesprochen werden muß.[1])

Was nun als „justa causa" anzusehen ist, dafür gibt es keine bestimmten Normen; dies unterliegt vielmehr dem richterlichen Ermessen. Freilich geht Biermann[2]) in den von ihm aufgezählten Beispielen zu weit. Wenn ein in der Zeitung ausgebotenes Gemälde verkauft oder der Pferdebahnwagen besetzt oder das Theater ausverkauft ist, so macht in diesen Fällen der Offerent nicht von seinem Recht der Zurückweisung „ex justa causa" Gebrauch. Denn sobald das Gemälde verkauft, der Pferdebahnwagen besetzt oder das Theater ausverkauft ist, sind sämtliche möglichen Verträge bereits geschlossen, also eine Offerte gar nicht mehr vorhanden. Mithin kann auch von der Zurückweisung der Annahme einer Offerte „ex justa causa" keine Rede sein. Dagegen ist das Vorhandensein einer „justa causa" dann anzunehmen, wenn jemand z. B in zerlumpter Kleidung oder in betrunkenem Zustand im Theater, womöglich noch auf einem besseren, exponierten Platz, erscheint.[3]) Zweifelhaft ist der praktisch wichtige Fall, ob die ungünstige Beurteilung der Leistungen eines Theaters durch einen Rezensenten eine Zurückweisung ex justa causa rechtfertigt. Wenn der Rezensent die Leistungen des Theaters objektiv, wenn auch ungünstig, beurteilt und nicht etwa den Theaterunternehmer oder Bühnenmitglieder beleidigt, so wird man in der ungünstigsten Kritik eine „justa causa" für die Zurückweisung des Rezensenten wohl nicht erblicken können Denn es ist das gute Recht, ja Pflicht des Rezensenten, im gegebenen Falle ungünstig zu urteilen Einer Kritik, die immer lobt, spricht Biermann mit Recht die Existenzberechtigung ab.[4])

Zum Schluß sei noch geprüft, was für ein Anspruch dem ohne justa causa Zurückgewiesenen zusteht. Die Klage auf Vertragsschluß kann er nicht erheben, denn der Vertrag ist

---

[1]) Seidenschnur, S. 34.
Schon Casaregis lässt in den Fällen, in denen er den Kontrahierungszwang aufstellt, die Verweigerung des Kontraktschlusses „ob aliquam justam vel rationabilem causam" zu. (Vgl. bei Biermann, S. 301.

[2]) Biermann S. 311.

[3]) Vgl. Lotmar II, S. 725, A. 3.

[4]) Vgl. Biermann, S. 313. Etenso Koch, Zentralorgan f. dsch. Handels- u. Wechselr. Bd. 3, S. 64f.
a. M. v. Ihering, Jahrb. Bd. 23, S. 276.

ja durch seine Annahmeerklärung bereits geschlossen.[1]) Auch die Klage auf Leistung aus dem Vertrage (etwa Veranstaltung einer Seperatvorstellung) kann der Zurückgewiesene aus den bereits oben (s. o S. 8) erwähnten Gründen nicht anstrengen. So bleibt dem Akzeptanten nur das Recht, den ihm aus der Zurückweisung entstandenen materiellen Schaden geltend zu machen.[2]) Zur Geltendmachung des ideellen Schadens in Geld ist er hingegen nach modernem Recht nicht befugt, da das BGB. im allgemeinen nur den Vermögensschaden anerkennt, und wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen — zu denen der vorliegende nicht gehört — gefordert werden kann. (§ 253 BGB.) Auch die Naturalrestitution (vgl. § 249 BGB) kann der Zurückgewiesene wegen des ideellen Schadens nicht verlangen. Denn der ideelle Schaden besteht — wenn überhaupt — nur in dem Ausbleiben eines erwarteten künstlerischen Genusses, also in etwas rein Negativem, mithin ist eine „Wiederherstellung in den früheren Zustand“ ausgeschlossen.

[1]) Vgl. Opet, S. 262.
[2]) Vgl. Opet, S. 262.